



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2021

Grenzen der zulässigen Strafverteidigung

Isenring, Bernhard A ; Maybud, Roy D ; Payer, Andrés

Abstract: Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Grenzen der zulässigen Strafverteidigung auseinander. Um zu eruieren, was ein Verteidiger (nicht) darf, muss zuerst geklärt werden, was er im Strafprozess soll. Dieser Überlegung entsprechend werden zunächst die Grundlagen der Strafverteidigung erörtert. Alsdann werden die relevantesten Rechtsquellen, aus denen sich Schranken der Verteidigungstätigkeit ergeben, unter Berücksichtigung der einschlägigen Praxis behandelt. Schliesslich werden die erarbeiteten theoretischen Erkenntnisse auf drei ausgewählte Fallbeispiele aus der Praxis angewandt. Summa summarum ist festzustellen, dass die Schranken der zulässigen Strafverteidigung keineswegs immer klar, sondern häufig fließend und strittig sind.

Other titles: Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Grenzen der zulässigen Strafverteidigung auseinander. Um zu eruieren, was ein Verteidiger (nicht) darf, muss zuerst geklärt werden, was er im Strafprozess soll. Dieser Überlegung entsprechend werden zunächst die Grundlagen der Strafverteidigung erörtert. Alsdann werden die relevantesten Rechtsquellen, aus denen sich Schranken der Verteidigungstätigkeit ergeben, unter Berücksichtigung der einschlägigen Praxis behandelt. Schliesslich werden die erarbeiteten theoretischen Erkenntnisse auf drei ausgewählte Fallbeispiele aus der Praxis angewandt. Summa summarum ist festzustellen, dass die Schranken der zulässigen Strafverteidigung keineswegs immer klar, sondern häufig fließend und strittig sind.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-196495>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Isenring, Bernhard A; Maybud, Roy D; Payer, Andrés (2021). Grenzen der zulässigen Strafverteidigung. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 30(1):58-70.



Grenzen der zulässigen Strafverteidigung

BERNHARD A. ISENRING*



ROY D. MAYBUD**



ANDRÉS PAYER***

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Grenzen der zulässigen Strafverteidigung auseinander. Um zu eruieren, was ein Verteidiger (nicht) darf, muss zuerst geklärt werden, was er im Strafprozess soll. Dieser Überlegung entsprechend werden zunächst die Grundlagen der Strafverteidigung erörtert. Als dann werden die relevantesten Rechtsquellen, aus denen sich Schranken der Verteidigungstätigkeit ergeben, unter Berücksichtigung der einschlägigen Praxis behandelt. Schliesslich werden die erarbeiteten theoretischen Erkenntnisse auf drei ausgewählte Fallbeispiele aus der Praxis angewandt. Summa summarum ist festzustellen, dass die Schranken der zulässigen Strafverteidigung keineswegs immer klar, sondern häufig fließend und strittig sind.

Le présent article traite des limites de ce qui est autorisé dans le cadre de la défense pénale. Afin de déterminer ce qu'un défenseur peut et ne peut pas faire, il s'agit tout d'abord de clarifier son rôle dans la procédure pénale. En conséquence, l'article commence par exposer les principes de base de la défense pénale. Il se consacre ensuite aux principales sources du droit dont résultent les limites qui se posent à l'activité du défenseur, compte tenu de la jurisprudence afférente. Enfin, les principes théoriques dégagés sont appliqués à trois cas concrets issus de la pratique. Globalement, force est de constater que les limites de la défense pénale admissible, loin d'être toujours claires, sont souvent fluctuantes et contestées.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen der Verteidigung
 - A. Aufgaben und Stellung der Verteidigung
 - B. Die Unabhängigkeit der Verteidigung
 - C. Die verschiedenen «Typen» der Verteidigung
 - D. Besonderheiten der amtlichen Verteidigung
- III. Rechtliche Schranken zulässiger Verteidigung
 - A. Strafrecht
 - B. Berufs- und Ständesrecht
 - C. Auftragsrecht
 - D. Grundsatz von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot
- IV. Analyse typischer Fallbeispiele aus der Praxis
 - A. Ausgewählte Fallbeispiele
 - B. Diskussion
- V. Fazit

I. Einleitung

Als inmitten der 1970er-Jahre in Stuttgart-Stammheim Anklage gegen die Mitglieder der terroristischen Roten Armee Fraktion («RAF») erhoben wird,¹ wird damit auch ein Prozess ins Rollen gebracht, der häufig als die Geburtsstunde eines neuen Typus der Strafverteidigung bezeichnet wird.² Die Rede ist von der «Konfliktverteidigung», die sich von der herkömmlichen «Konsensvertei-

¹ Strafsache gegen Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof und Jan-Carl Raspe wegen Mordes u.a., OLG Stuttgart, 2 StE 1/64, 21.5.1975.

² Vgl. JÖRG ARNOLD, Staatskritik und «Kampf ums Recht», freispruch 2016, 29 ff.; JÖRG ARNOLD, Wandlungen der Strafverteidigung, Gedanken zum «neuen Typ» des Strafverteidigers, ZIS 2017, 621 ff.; KLAUS BERNSMANN, «Aufstieg und Fall» der professionellen Strafverteidigung – eine Skizze, StV 2006, 342 ff., 344 f.; ERNST-WALTER HANACK, Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren?, StV 1987, 500 ff., 501; JÜRGEN HEINRICH, Konfliktverteidigung im Strafprozess, 2. A., München 2016, 1; STEFAN KÖNIG, Konfliktverteidigung? Konfliktverteidigung!, StV 2017, 188 ff., 192; HANS

* BERNHARD A. ISENRING, Dr. iur., Rechtsanwalt, imkp, Meilen.

** ROY D. MAYBUD, E.M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt, imkp, Meilen.

*** ANDRÉS PAYER, wiss. und jur. Mitarbeiter, Universität Zürich/imkp, Meilen.

digung» abkehrt und sich mit kaum bekannter Intensität für ihren Mandanten einsetzt.³ Wenngleich in der Literatur ein Streit über die Begrifflichkeiten entfacht ist,⁴ dürfte doch klar sein, was mit dem dichotomen Begriffspaar «Konfliktverteidigung/Konsensverteidigung» im Ansatz gemeint ist: Die Konfliktverteidigung ist kämpferisch und konfliktsuchend, während die Konsensverteidigung auf Verständigung zielt und typischerweise versucht, Verfahren zu beenden, ohne dass es zu langwierigen und konfliktträchtigen Hauptverhandlungen kommt.

Diese «Typen» der Strafverteidigung sind auch im hiesigen Strafverfahrensrecht nicht unbekannt. So findet die Konsensverteidigung etwa Ausdruck im abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO),⁵ und wohl gerade im Hinblick auf konfliktfreundige Strafverteidiger enthält Art. 128 StPO den Passus, die Verteidigung sei «in den Schranken von Gesetz und Standesregeln» allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet. Um diese Schranken der zulässigen Strafverteidigungstätigkeit soll es im Folgenden gehen. Sie werden bereits im Schrifttum kontrovers erörtert,⁶ und dieser Diskussion will sich der

vorliegende Beitrag anschliessen. Dabei sollen zunächst die Grundlagen der Verteidigung dargelegt (unter Ziff. II.) und die relevantesten Rechtsquellen beleuchtet werden (unter Ziff. III.), damit anschliessend auf dieser Grundlage drei konkrete, in der Praxis häufig auftretende Fallbeispiele diskutiert werden können (unter Ziff. IV.). Zum Schluss wird ein kurzes Fazit gezogen (unter Ziff. V.).

II. Grundlagen der Verteidigung

Was ein Verteidiger *darf* und was nicht, hängt zunächst davon ab, was er im Strafverfahren *soll*. Entscheidend sind damit seine Aufgaben und seine Stellung, und zwar sowohl gegenüber dem Klienten als auch gegenüber den Zielen des Strafverfahrens. Dies gilt es nun deshalb als Erstes zu erörtern.

A. Aufgaben und Stellung der Verteidigung

Der Strafverteidiger ist weder Prozesspartei noch Verfahrensbeteiligter (Art. 104 f. StPO e contrario). Er nimmt vielmehr die Rolle eines «Rechtsbeistands» des Beschuldigten ein (Art. 127 StPO). Als Beistand muss der Verteidiger faktisch vorhandene Defizite des Beschuldigten kompensieren⁷ und dessen einseitige Interessen wahren (Art. 128 StPO). Dies beinhaltet insbesondere die Beratung und Unterstützung des Beschuldigten bei der Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte.⁸ Darüber hinaus

KUDLICH, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, Diss. Würzburg 1997/1998, Berlin 1998, 17.

³ Vgl. ALAIN JOSET, Konfliktverteidigung – was sonst?, Anwaltsrevue 2019, 265 ff.; ANDREAS MEHLICH, Der Verteidiger in den Strafprozessen gegen die Rote Armee Fraktion, Diss. Hannover, Berlin 2012, 42; THEO RASEHORN, Jenseits des Rechtsstaats?, in: Rudolf Wasserdorf (Hrsg.), Terrorismus contra Rechtsstaat, Darmstadt 1976, 245 ff., 248 f.; ULRICH WEBER, Der Missbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289 ff.

⁴ Vgl. zur nicht einheitlichen Terminologie ARNOLD (FN 2), 621 ff.; GERHARD FEZER, Inquisitionsprozess ohne Ende?, NStZ 2010, 177 ff.; THOMAS FISCHER, Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht, StV 2010, 423 ff.; HEINRICH (FN 2), 9 ff.; MATTHIAS JAHN, «Konfliktverteidigung» und Inquisitionsmaxime, Diss. Frankfurt a.M. 1997, Baden-Baden 1998, 61 ff.; JOSET (FN 3), 265 ff.; KÖNIG (FN 2), 188 ff.; KERSTIN PETERMANN, Strafverteidigung in Wirtschaftsstrafverfahren zwischen Rechtsmissbrauch, Konflikt und Konsens, Diss. Konstanz 2014, Frankfurt a.M. 2015, 71 ff. Teilweise wird der Begriff der Konfliktverteidigung allein schon deshalb abgelehnt, weil zwischen dem Beschuldigten eines Strafverfahrens und dem Gericht immer ein Konflikt bestehe. Doch ist unter Konfliktverteidigung nicht eine Verteidigung im Konflikt, sondern eine Verteidigung durch bzw. mittels Konflikt gemeint.

⁵ Vgl. hierzu PETER ALBRECHT, Der Sanktionsrabatt im abgekürzten Verfahren, sui generis 2020, 475 ff., 480; FELIX BOMMER, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 II, 5 ff., 9; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Art. 358 N 1 ff., in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bd. II, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2020; MARC THOMMEN, Kurzer Prozess – fairer Prozess?, Habil. Luzern 2013, Bern 2013, 139 ff.

⁶ Vgl. z.B. DANIEL KINZER, Les «No-Goes» de la défense pénale, Anwaltsrevue 2019, 287 ff.; YVONNE THOMET, Strafverteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln, FP 2020, 125 ff.;

BSK StPO I-THOMMEN, Art. 3 N 62 ff., 78 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Bd. I, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-Verfasser); vgl. zum deutschen Recht HEINRICH (FN 2), 7 ff.; MATTHIAS JAHN, I. Grenzen zulässiger Strafverteidigung, in: Rainer Hamm/Klaus Leipold (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. A., München 2018, 1 ff.

⁷ WOLFGANG WOHLERS, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, 55 ff., 56; SK dStPO-WOHLERS, Vor § 137 N 29, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, Bd. III, §§ 137–197 StPO, 5. A., Köln 2016 (zit. SK dStPO-Verfasser).

⁸ Vgl. PETER ALBRECHT, Die Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren, in: Marcel Alexander Niggli/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel/Genf/München 2002, 5 ff., N 2.13 ff.; GÜNTER BEMMANN et al., Die Verteidigung, Gesetzesentwurf mit Begründung, Karlsruhe 1979, 37 ff.; STEPHAN BERNARD, Wahrung fremder Interessen, nicht eigener, Contra Legem 1/2019, 56 ff.; FRANCESCA CAPUTO, Rolle und Funktion der Verteidigung in einem politischen Prozess, ZStrR 2015, 167 ff., 171 ff.; KINZER (FN 6), 289; CLAUS ROXIN/BERND SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, 29. A., München 2017, § 19 N 61; WOLFGANG WOHLERS, Strafverteidigung vor den Schranken der Straf-

kommt der Verteidigung die Funktion zu, das Verfahren auf seine Justizförmigkeit hin zu kontrollieren und sich dezidiert gegen allfällige Missstände zu wehren.⁹

Auf eine schlagwortartige Formel gebracht, muss der Verteidiger alles unternehmen, was sich für den Klienten positiv auswirken könnte, und gleichzeitig alles unterlassen, was für diesen negative Auswirkungen haben könnte.¹⁰ Indem der Verteidiger dem Strafanspruch des Staates entgegentritt und je nach Konstellation auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinwirkt, erfüllt er die ihm insoweit als «Mitarbeiter der Rechtspflege»¹¹ zukommende Aufgabe.¹² Der Verteidiger ist hingegen nicht dazu verpflichtet, an der Erforschung der materiellen Wahrheit mitzuwirken oder den Fortgang des Verfahrens zu befördern.¹³

gerichtsbarkeit, StV 2001, 420 ff.; WOHLERS (FN 7), 55 ff.; SK dStPO-WOHLERS (FN 7), Vor § 137 N 28 ff.; DENISE WÜST/FRIEDRICH FRANK, Verteidigung als Garantin der Würde der beschuldigten Person, Anwaltsrevue 2019, 284 ff.; vgl. auch NIKLAUS RUCKSTUHL, Die Verteidigung als Institut, Anwaltsrevue 2019, 256 ff. Zur Medienarbeit als Teil der Strafverteidigung in Straffällen, die auf ein grosses Medieninteresse stossen (können), vgl. DANIEL JOSITSCH, Die Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR 2004, 115 ff.; SK StPO I-LIEBER, Art. 128 N 26, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bd. I, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. SK StPO I-Verfasser); MATTHIAS SCHWAIBOLD, «Ich sage nichts. Und das ist kein Zitat.», Anwaltsrevue 2019, 268 ff.; vgl. auch ELISA HOVEN, Strafverteidigung und Medien, in: Stephan Barton (Hrsg.), Strafverteidigung 2020, Hamburg 2020, 189 ff.

⁹ ALBRECHT (FN 8), N 2.49; CAPUTO (FN 8), 172; MAX DORER, Der Verteidiger in Strafsachen, Bern 1943, 89; SK dStPO-WOHLERS (FN 7), Vor § 137 N 29.

¹⁰ HANS DAHS, Handbuch des Strafverteidigers, 8. A., Köln 2015, N 9 ff.; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. A., Bern 2020, N 513.

¹¹ BGE 103 Ia 426 E. 4b; 98 Ia 6 E. 3. Diese althergebrachte Terminologie ist missverständlich, weshalb die Klarstellung ihrer Bedeutung in BGE 106 Ia 100 E. 6b zu begrüssen ist. Grundsätzlich krit. zu dieser Terminologie THOMAS FINGERHUTH/EVELINE ROOS, Der Diener des Rechts ist gestorben – Es lebe der Diener des Rechts, Anwaltsrevue 2019, 262 ff.; OBERHOLZER (FN 10), N 511; anders ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERT/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel/Genf/München 2005, § 40 N 22.

¹² BGE 106 Ia 100 E. 6b; vgl. auch 138 IV 161 E. 2.5.4; BVerfG, 1 BvR 537/81, 24.7.1987, in: NJW 1988, 191 ff.; FRANZ RIKLIN, StPO, Kommentar, 2. A., Zürich 2014, Art. 128 N 2; HAUSER/SCHWERT/HARTMANN (FN 11), § 40 N 1, 22; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Thesen zur Strafverteidigung, München 1992, These 2. Der Formulierung des BGer ist indes hinzuzufügen, dass ein Verteidiger diese Aufgabe auch dann wahrnimmt, wenn er auf ein möglichst mildes *Ergebnis* zielt, also nicht zwingend ein Urteil (z.B. auch Einstellung des Verfahrens).

¹³ Vgl. BGE 106 Ia 219 E. 3c; 106 Ia 100 E. 6b; ALBRECHT (FN 8), N 2.13 f., 2.20 ff.; CAPUTO (FN 8), 172; OBERHOLZER (FN 10), N 510; WOHLERS (FN 7), 57.

B. Die Unabhängigkeit der Verteidigung

Grundlegende Voraussetzung für das Funktionieren einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege ist die Unabhängigkeit der Verteidigung. Sie manifestiert sich in zwei verschiedenen Formen: Unabhängigkeit im Innenverhältnis gegenüber dem Klienten und im Aussenverhältnis.

Im Aussenverhältnis muss der Verteidiger unabhängig sein von staatlichen Behörden, von gesellschaftlichem oder auch durch die Berufsorganisation¹⁴ entstehendem Druck und von der öffentlichen Meinung. Erst diese Unabhängigkeit von Staat und Dritten ermöglicht es dem Strafverteidiger, sich pflichtgemäss einseitig für die Interessen des Klienten einzusetzen. Ausserdem ist die Unabhängigkeit des Verteidigers von Staat und Dritten für die Herstellung und Aufrechterhaltung des Vertrauens des Klienten von essenzieller Bedeutung.

Im Innenverhältnis muss der Verteidiger ein gewisses Mass an sachlicher und persönlicher Distanz gegenüber dem Auftraggeber wahren. Da ein Verteidigungsmandat als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR qualifiziert wird,¹⁵ ist der Verteidiger zwar grundsätzlich an die Weisungen des Klienten gebunden (Art. 397 Abs. 1 OR).¹⁶ Das heisst aber nicht, dass er diese *blindlings* zu befolgen hat. Vielmehr hat der Verteidiger die Aufgabe, den Weisungen des Klienten mit Sachverstand zu begegnen, konstruktive Kritik zu üben und den Auftraggeber über mögliche Konsequenzen zu informieren (sog. Abmahnung).¹⁷ Letztlich ist es dem Verteidiger u.E. aber grundsätzlich nicht möglich, eine Weisung des vollumfänglich aufgeklärten und allenfalls sogar «abgemahnten» Klienten zu ignorieren oder sich dieser zu widersetzen. Darauf wird zurückzukommen sein.

¹⁴ Vgl. hierzu die für Rechtsanwälte geltenden Regeln in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.

¹⁵ Statt vieler CAPUTO (FN 8), 173 f. m.H.; WOHLERS (FN 7), 69.

¹⁶ Nach WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 397 OR N 58 ff., kann der Auftraggeber zwei Arten von Weisungen erteilen: Zielanweisungen (Konkretisierung der Arbeitsleistung) und Fachanweisungen (Art und Weise der Arbeitsleistung). Ausgeschlossen sind aber Weisungen bezüglich Ort, Organisation der Arbeit etc. (sog. Verhaltensanweisungen), weil der Beauftragte im Verhältnis zum Auftraggeber eben gerade nicht in einem Subordinationsverhältnis steht.

¹⁷ CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 3273.

C. Die verschiedenen «Typen» der Verteidigung

Nach dem Gesagten lassen sich verschiedene «Typen» der Strafverteidigung identifizieren. Gemeint sind hier nicht Kategorien, die auf formalen Einteilungskriterien beruhen, wie z.B. die erbetene, die notwendige und die amtliche Verteidigung, sondern Verteidigungstypen, die sich in der Art und Weise, wie das Mandat effektiv praktiziert wird, unterscheiden.

Im Verhältnis zwischen Verteidigung und Staat stehen sich die Konfliktverteidigung und die konsensuale Verteidigung gegenüber. Die erstgenannte ist kämpferisch, d.h. konfliktfreudig und konfliktsuchend, während die letztgenannte auf Einvernehmen und Verständigung zielt und typischerweise versucht, Verfahren zu beenden, ohne dass es zu langwierigen und konfliktträchtigen Hauptverhandlungen kommt.¹⁸ In jüngerer Zeit ist durch das abgekürzte Verfahren (Art. 358 ff. StPO) der Druck zur Konsensualverteidigung gestiegen. *De facto* dürfte oft auch der Charakter des jeweiligen Strafverteidigers für die Art der Verteidigung entscheidend sein. Welche der beiden Verteidigungsarten den Vorzug verdient, hängt freilich von der konkreten Situation im Einzelfall ab. Wichtig ist deshalb, dass Strafverteidiger an unterschiedliche Prozesssituationen anpassungsfähig sind, also sowohl konsensualistisch als auch kämpferisch zu agieren vermögen. Dabei ist nicht selten auch Flexibilität während eines Verfahrens verlangt; so kann es notwendig sein, die Verteidigungsstrategie während eines Verfahrens anzupassen; entweder – bei sich verschlechternder Beweislage – von «kämpferisch» zu «konsensual» oder aber – im umgekehrten Fall – von «konsensual» zu «kämpferisch».

Im Verhältnis zwischen Verteidigung und Klient, d.h. im Verteidigungsinnenverhältnis, können die paternalistische und die partnerschaftliche Verteidigung unterschieden werden. Die erste richtet sich nach dem objektiven Interesse des Klienten, möglichst «ungeschoren» davon zu kommen, die zweite hingegen nach dem (davon potenziell divergierenden) subjektiven Willen des Beschuldigten.¹⁹ Der paternalistischen Verteidigungskonzeption entspricht die Aussage: «Der Verteidiger darf Anträge stellen und Begründungen vortragen, mit denen der Beschuldigte nicht einverstanden ist, vorausgesetzt, dass sie in dessen Interessen liegen.»²⁰ Die partnerschaftliche Konzeption ist hingegen durch den ständigen Dialog mit dem Be-

schuldigten zur Ermittlung seines wirklichen Willens charakterisiert und verlangt, dass dieser in die Verteidigungsstrategie und die einzelnen Handlungen der Verteidigung einbezogen wird.²¹ Die partnerschaftliche Verteidigungskonzeption verdient nach der hier vertretenen Meinung prinzipiell den Vorzug.²² Denn nur durch eine partnerschaftliche Verteidigung lässt sich der Autonomie des Beschuldigten genügend Rechnung tragen und lassen sich dogmatische Ungereimtheiten bzw. Widersprüche mit dem Auftragsrecht und der Stellung des Beschuldigten als mündiges Prozesssubjekt vermeiden.²³ Im Konfliktfall ist somit grundsätzlich der subjektive Wille des Klienten höher zu gewichten als sein objektives Interesse. Das heisst aber nicht, dass der Verteidiger ohne Wenn und Aber das zu tun hat, was der Klient wünscht. Denn erstens ist der Verteidiger, wie schon dargelegt,²⁴ nicht an alle Weisungen des Klienten gebunden, und rechts- oder sittenwidrige Weisungen hat er ohnehin nicht zu befolgen (Art. 19 f. OR per analogiam).²⁵ Zweitens muss der Verteidiger den Klienten bei sachwidrigen Weisungen darauf hinweisen, dass diese nicht zielführend sind (Abmahnungspflicht). Besteht der Klient auch nach der Orientierung weiterhin darauf, dass der Verteidiger trotzdem seine ursprüngliche Weisung befolgt, muss der Verteidiger dieser nachkommen oder das Mandat niederlegen bzw. (bei amtlicher Verteidigung) um Entlassung aus dem Amt bitten. Falls der Bitte um Entlassung nicht entsprochen wird, hat der Verteidiger nach der hier vertretenen Auffassung keine andere Wahl, als den Vorrang des Willens des Klienten zu respektieren.²⁶

PETER NOLL, Die Strafverteidigung und das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte, ZStrR 1981, 179 ff., 181.

²¹ Vgl. HANS BAUMGARTNER, Zur Verteidigung in Wirtschaftsstraffällen, in: Marcel Alexander Niggli/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel/Genf/München 2002, 297 ff., N 7.20; WOHLERS (FN 7), 70 ff.

²² Dies wohlwissend darum, dass es in der Praxis dafür, wie stark der Klient in die Verteidigung einbezogen wird, oft auch auf die Persönlichkeit (Bildungsstand, Geschäftserfahrung, Rechtskundigkeit, Temperament) des Klienten ankommt. Erfahrungsgemäss gibt es zum einen Klienten, die Entscheidungen tendenziell gerne dem Verteidiger überlassen, und zum anderen solche, die lieber die Kontrolle wahren wollen und versuchen, den Anwalt zu führen.

²³ So auch WOHLERS (FN 7), 68 ff.; vgl. ferner SK StPO I-LIEBER (FN 8), Art. 128 N 5; BSK StPO I-RUCKSTUHL (FN 6), Art. 128 N 3.

²⁴ Vgl. oben II.B. und FN 16 f.

²⁵ HUGUENIN (FN 17), N 3274.

²⁶ Wie hier WOHLERS (FN 7), 73 f.

¹⁸ Vgl. oben FN 3 f.

¹⁹ WOHLERS (FN 7), 64 ff.

²⁰ Vgl. OGer SH, 17.10.1958, in: SJZ 1960, Nr. 102; DORER (FN 9), 117; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 11), § 40 N 23 m.H.;

D. Besonderheiten der amtlichen Verteidigung

Ist eine Verteidigung zur Wahrung der Interessen einer beschuldigten Person geboten und ist Letztere aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, ihre Verteidigung selbst zu beauftragen und bezahlen, wird eine amtliche Verteidigung angeordnet (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO). Auch in Fällen von notwendiger Verteidigung (Art. 130 StPO) wird ein amtlicher Verteidiger unter den Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO (der Beschuldigte bestimmt trotz entsprechender Aufforderung keine Wahlverteidigung) eingesetzt. Die Verteidigung wird in solchen Fällen von der Verfahrensleitung ernannt und der Staat übernimmt die Kosten (zumindest vorübergehend). Interessant ist, dass der amtliche Verteidiger durch seine Ernennung mittels Verfügung in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Staat tritt und somit mit einer öffentlichen Aufgabe betraut wird. Gestützt darauf entsteht beim amtlichen Verteidiger eine öffentlich-rechtliche Forderung gegen den Staat auf Entschädigung. Der Anspruch auf Entschädigung und Rückerstattung der anwaltlichen Auslagen kann aus Art. 29 Abs. 3 BV hergeleitet werden.²⁷

Dieses öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Anwalt und Staat ändert jedoch nichts daran, dass der amtliche Verteidiger – genauso wie der privat mandatierte – (in den Schranken von Gesetz und Standesregeln) allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet ist (Art. 128 StPO). Weder die verfahrensleitende Strafbehörde, welche ihn eingesetzt hat, noch eine andere staatliche Einrichtung besitzen ihm gegenüber weder irgendwelche Weisungsbefugnisse, noch kommt ihnen in irgendeiner Form eine Aufsichtsfunktion zu.²⁸ Weisungsberechtigt bleibt ausschliesslich der Beschuldigte. Der Staat erfüllt durch seine Ernennung des amtlichen Verteidigers einzig seine Justizgewährleistungs- wie auch Fürsorgepflicht und kommt der Vorschrift des Art. 132 StPO nach.²⁹

III. Rechtliche Schranken zulässiger Verteidigung

Gemäss Art. 128 StPO ist der Verteidiger «in den Schranken von Gesetz und Standesregeln allein den Interessen des Beschuldigten verpflichtet». Die Regel, wonach die Verteidigungstätigkeit «in den Schranken von Gesetz und Standesregeln» zu erfolgen hat, findet sich zudem in Art. 127 Abs. 3 StPO (dort im Hinblick auf die Verteidigung mehrerer Verfahrensbeteiligter durch denselben Rechtsbeistand). Diese Schranken zulässiger Verteidigung sollen nachfolgend untersucht werden. Im Vordergrund stehen dabei das Strafrecht im materiellen und im formellen Sinne, die anwaltlichen Berufsregeln gemäss BGFA und die Schweizerischen Standesregeln (SSR) sowie das Auftragsrecht und ferner das Gebot von Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot.

A. Strafrecht

Unbestritten ist, dass das materielle Strafrecht der Verteidigungstätigkeit gesetzliche Schranken setzt; so insbesondere durch die Strafbestimmungen über die Rechtspflegedelikte, Freiheitsdelikte, Ehrverletzungsdelikte und Urkundendelikte.³⁰ Der Verteidiger darf somit nicht etwa Zeugen bedrohen oder falsche Urkunden als Belege einreichen (sei es auch nur eventualvorsätzlich; wobei dem Strafverteidiger gerade im Lichte von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB aber *keine Pflicht* zukommen kann, die Echtheit von Urkunden, welche ihm vom Klienten zur Einreichung bei den Strafverfolgungsbehörden zugestellt werden, zu überprüfen³¹). Ebenfalls sind vor dem Hintergrund der strafbaren Begünstigung (Art. 305 StGB) die

²⁷ Vgl. BGE 141 I 124 E. 3.1; OBERHOLZER (FN 10), N 442, 486; vgl. auch BGE 132 I 201.

²⁸ Vgl. OGer BE, BE-OG-BK-2014-155, 13.8.2014, E. 4.4; wohl auch BSK StPO I-RUCKSTUHL (FN 6), Art. 132 N 2.

²⁹ Vgl. WALTER M. HAEFELIN, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Diss. Zürich, Zürich 2010, 34 ff.; STEFAN HEIMGARTNER, Amtliche Mandate im Vorverfahren – Zürcher Praxis, FP 2012, 167 ff.; OBERHOLZER (FN 10), N 442.

³⁰ Nur am Rande sei angemerkt, dass das in diesem Abschnitt dargestellte unzulässige bzw. strafbare Verhalten des Verteidigers i.d.R. nicht etwa unter dem Titel der rechtfertigenden Notstandshilfe, der Wahrnehmung berechtigter Interessen oder der rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt werden kann (vgl. HELMUT FRISTER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. A., München 2018, 17. Kap. N 3 f.; vgl. ferner, im Hinblick auf Art. 14 StGB, KINZER [FN 6], 289 ff.). Eine Rechtfertigung kommt aber allenfalls dann in Betracht, wenn eine rechtmässig getroffene Entscheidung auf anderem Wege nicht zu erreichen ist und die weiteren Voraussetzungen (insbesondere Verhältnismässigkeit) gegeben sind, vgl. OLG Frankfurt, 4 Ws 127/78, 11.12.1978, in: NJW 1979, 1172: Hier ging es um einen Anwalt, der eine unbefugt hergestellte Aufnahme eines Gesprächs zwischen Staatsanwalt und Richter verwendete (strafbar gemäss § 201 Abs. 1 Nr. 2 dStGB), um die Befangenheit des Richters zu belegen. Das OLG Frankfurt erachtete die Tat als notwendig, um das überwiegende Interesse an einem gesetzmässigen Strafverfahren im Sinne von Art. 6 EMRK zu gewährleisten, und deshalb als gerechtfertigt.

³¹ Vgl. hierzu nachfolgend IV.B., Fallbeispiel (3).

(jeweils vorsätzliche) Beseitigung belastender Beweismittel, die Weiterleitung von Kassibern, die unzulässige Zeugenbeeinflussung durch Weitergabe von Straftaten in einem laufenden Strafverfahren und die Fluchthilfe untersagt.³² Weitere Beispiele für verbotene Kollusionshandlungen des Verteidigers sind vorsätzliche falsche Angaben gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bezüglich Aufenthaltsort des Mandanten, das vorsätzliche Legen einer falschen Fährte durch Falschaussage oder die Verweigerung der Herausgabe beschlagnahmter Beweismittel.³³ Dagegen ist das blosses Verweigern von Aussagen zum Aufenthaltsort des Mandanten unproblematisch und dürfte sogar regelmässig mit Blick auf das Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) geboten sein.³⁴

Neben dem materiellen Strafrecht setzt auch das *formelle* Strafrecht, also das Strafprozessrecht der Verteidigungstätigkeit, Grenzen. Dies geschieht etwa durch die sitzungspolizeilichen Massnahmen, welche die Verfahrensleitung anordnen kann, wenn der Geschäftsgang gestört wird oder Anstandsregeln verletzt werden (Art. 63 StPO), sowie durch die Disziplinar massnahmen (Ordnungsbusse), die in diesen Fällen ebenfalls sowie bei der Missachtung verfahrensleitender Anordnung aufgelegt werden können (Art. 64 StPO). Solche Massnahmen kommen etwa dann in Betracht, wenn der Verteidiger aussagenden Personen ins Wort fällt oder sie durch sonstiges Verhalten zu beeinflussen versucht; allerdings muss es ihm (innerhalb der Schranken des Anstands) erlaubt sein, Suggestivfragen oder unfaire Fragestellungen *sofort* (und nicht erst am Schluss der Befragung) zu rügen oder seinem Klienten zu raten, eine bestimmte Frage nicht zu beantworten.³⁵ Ebenfalls können unzulässige Bild- oder

Tonaufnahmen von Verfahrenshandlungen sowie generell innerhalb des Gerichtsgebäudes nach Art. 64 StPO sanktioniert werden (Art. 71 Abs. 2 StPO). Dagegen vermögen trölerische oder mutwillige Anträge bzw. Eingaben in der Verhandlung keine sitzungspolizeilichen oder disziplinarischen Massnahmen zu rechtfertigen, soweit nicht eine eigentliche Störung des Geschäftsgangs vorliegt—was in solchen Fällen nicht leichthin angenommen werden darf.³⁶

Eine weitere strafprozessuale Schranke der Verteidigungstätigkeit bildet schliesslich Art. 127 Abs. 2 Satz 1 StPO, wonach die Parteien zwei oder mehrere Personen als Rechtsbeistand beiziehen können, «soweit dadurch das Verfahren nicht ungebührlich verzögert wird». Besteht eine Gefahr der Verfahrensverzögerung und -komplizierung, so heisst das zwar nicht, dass eine Mehrfachvertretung nicht mehr möglich ist, aber doch, dass die mehrfach vertretene Partei verpflichtet ist, eine Vertretung als Hauptvertretung zu bezeichnen, welche als einzige Ansprechpartnerin der Strafverfolgungsbehörde dient (i.S. Anzeigen von Terminen, Wahrnehmung von Teilnahmerechten, Zustellung von Entscheiden und anderen Schriftstücken usw.).³⁷

B. Berufs- und Standesrecht

Strafverteidiger, die Rechtsanwälte im Sinne des BGFA sind,³⁸ haben ausserdem die im BGFA statuierten Berufsregeln sowie die Standesregeln zu beachten. Letztere sind zwar als privatrechtliches Vereinsrecht nur für die Mitglieder des erlassenden Anwaltsverbands unmittelbar verbindlich,³⁹ doch ist ein Anwalt gemäss BGer «zur Wahrung der Standeswürde verpflichtet und hat insoweit die geschriebenen und ungeschriebenen Regeln zu beachten, die im Interesse des rechtsuchenden Publikums und des geordneten Ganges der Rechtspflege das Vertrauen in seine Person und die Anwaltschaft insgesamt gewährleisten sollen».⁴⁰

³² THOMET (FN 6), 126 f. m.H.

³³ ESTHER OMLIN, Strafverteidigung – Grenzen der Wahrung von Parteiinteressen, Anwaltsrevue 2009, 74 ff., 75. Zur vieldiskutierten und hier nicht näher erörterten Honorarannahme des Verteidigers als Geldwäschereihandlung vgl. MARTIN KERN, Straffreie Geldwäscherei durch Anwälte – Demontage eines Mythos, Anwaltsrevue 2020, 103 ff.; JOO-HEE LEE, Die Beteiligung des Strafverteidigers an der Geldwäscherei, Diss. Basel 2005, Basel/Genf/München 2006; rechtsvergleichend EIRINI TSAGKARAKI, Geldwäscherei durch Strafverteidiger, Diss. Zürich 2010, Bern 2012, 201 ff., 293 ff., 303 ff.

³⁴ Vgl. SK StPO I-LIEBER (FN 8), Art. 128 N 13; HANSRUEDI MÜLLER, Die Grenzen der Verteidigertätigkeit, ZStrR 1996, 176 ff., 195; HANSRUEDI MÜLLER, Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens, Diss. Zürich 1974, Zürich 1975, 119. Eine Begünstigung durch Unterlassen fällt ausser Betracht, da dem Verteidiger keine Garantienpflicht bzw. Pflicht zur Mitwirkung an der Strafrechtspflege zukommt (vgl. zu den Voraussetzungen der Begünstigung durch Unterlassen BGE 141 IV 459 E. 4.2; 117 IV 467 E. 3).

³⁵ BSK StPO I-JENT (FN 6), Art. 63 N 2.

³⁶ BSK StPO I-JENT (FN 6), Art. 63 N 4, Art. 64 N 1.

³⁷ Vgl. Art. 127 Abs. 2 Satz 2 StPO; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO), 1176; BSK StPO I-RUCKSTUHL (FN 6), Art. 127 N 6.

³⁸ Dies stellt den Regelfall dar, ist aber nicht zwingend. Den Kantonen ist es gemäss Art. 127 Abs. 5 StPO erlaubt, das Anwaltsmonopol im Übertretungsstrafverfahren einzuschränken (vgl. z.B. im Kanton Zürich § 11 Abs. 3 AnwG/ZH).

³⁹ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. A., Bern 2017, N 1065 f.; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, 542.

⁴⁰ BGE 106 Ia 100 E. 6b.

Wichtig ist im vorliegenden Kontext insbesondere die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA, deren Missachtung Disziplinar massnahmen nach Art. 17 BGFA nach sich ziehen kann. Die Vorschrift des Art. 12 lit. a BGFA wird wegen ihrer ungenügenden Bestimmtheit kritisiert.⁴¹ Was sorgfältig und/oder gewissenhaft ist, sagt die Regel schliesslich nicht. Das BGer hat denn auch festgehalten, dass «cette disposition constitue un clause générale [...], qui permet d'exiger de l'avocat qu'il se comporte correctement dans l'exercice de sa profession [...]. Elle ne se limite pas aux rapports professionnels de l'avocat avec ses clients, mais comprend aussi les relations avec les confrères et les autorités [...]».⁴²

Einen Verstoß gegen diese aus Art. 12 lit. a BGFA abgeleitete Pflicht zu «korrektem Verhalten» hat das BGer etwa bei einem Anwalt bejaht, der eine Staatsanwältin in der Hauptverhandlung auf persönlicher Ebene angriff und dabei das zulässige Mass an Kritik und Provokation überschritt,⁴³ ebenso wie bei einem Verteidiger, der die Möglichkeit zu freiem Verkehr mit seiner inhaftierten Klientin (Art. 235 Abs. 4 StPO) nutzte, um ihr einen Brief ihres Lebenspartners weiterzuleiten, ohne dass dieser vorgehend von der Verfahrensleitung kontrolliert worden wäre im Sinne von Art. 235 Abs. 3 StPO.⁴⁴

Des Weiteren ist nach der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons

Zürich (AK/ZH) den Anwälten im Lichte der berufsrrechtlich gebotenen Gewissenhaftigkeit (Art. 12 lit. a BGFA) verboten, «positiv störend» in die Wahrheitsfindung einzugreifen.⁴⁵ Ein Anwalt darf somit nicht wissentlich falsche Behauptungen aufstellen⁴⁶ oder seinen Klienten zu falschen Aussagen auffordern; hingegen muss der Anwalt seinen Mandanten nicht von falschen Aussagen abhalten, welche dieser von sich aus vorbringt.⁴⁷ Der Unterschied zwischen lügen, nicht alles sagen, bestreiten und vergessen haben bzw. sich nicht mehr erinnern ist freilich nicht immer klar.⁴⁸ Auf alle Fälle kann und muss ein Verteidiger nach der hier vertretenen Auffassung seinem Klienten mitteilen, dass das Lügen zu seinen Gunsten straffrei bleibt, sofern er niemand anderes begünstigt oder falsch beschuldigt oder die Rechtspflege im Sinne von Art. 304 StGB in die Irre führt.⁴⁹ Gleichzeitig wird der Klient aber in grundsätzlicher Hinsicht auch darüber informiert werden müssen, dass «lügen» in aller Regel nicht zielführend ist, sondern dass bei richtiger Betrachtung einzig eine Wahl zwischen Schweigen und Wahrheit besteht.

War es früher standesrechtlich umstritten, so ist heute unstrittig, dass die Verteidigung eigene Ermittlungen tätigen, selbst Beweise sammeln und Vorabklärungen vornehmen darf, bevor sie die Erhebung eines Beweismittels beantragt; insbesondere im Zusammenhang mit dem Antrag, bestimmte Personen als Zeugen oder Auskunftspersonen zu befragen.⁵⁰ Beim privaten Zeugenkontakt gilt

⁴¹ Kommentar BGFA-FELLMANN, Art. 12 N 11, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. Kommentar BGFA-Verfasser); KINZLER (FN 6), 292; BSK StPO I-RUCKSTUHL (FN 6), Art. 128 N 7 und FN 17. Immerhin wird bezüglich der berufsrrechtlichen *Sorgfaltspflicht* die Auffassung vertreten, dass diese nicht weiter geht als die auftragsrechtliche (vgl. Kommentar BGFA-FELLMANN [FN 41], Art. 12 N 15 f.; KASPAR SCHILLER/HANS NATER, Die berufsrrechtlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte gemäss Art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, SJZ 2019, 42 ff., 45 ff.).

⁴² BGE 144 II 473 E. 4.1; vgl. auch 130 II 270 E. 3.2. Das BGer hat freilich festgehalten, ein staatliches Eingreifen sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Berufsregelverletzung objektiv eine solche Schwere erreiche, dass – über die bestehenden Rechtsbehelfe aus Auftragsrecht wegen unsorgfältiger Mandatsführung hinaus – eine zusätzliche Sanktion im überwiegenden öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig erscheine (qualifizierte Norm- bzw. Sorgfaltswidrigkeit), vgl. BGE 144 II 473 E. 4.1; BGer, 2C_507/2019, 14.11.2019, E. 5.1.2.

⁴³ BGer, 2C_907/2017, 13.3.2018, E. 4 ff.; vgl. ferner SK StPO I-LIEBER (FN 8), Art. 128 N 9 und 11 m.w.H. Die Sanktionierung solcher Äusserungen muss allerdings den Einschränkungs Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK genügen, vgl. zu einem ähnlichen Fall, wo eine Verletzung von Art. 10 EMRK bejaht wurde, EGMR, 40975/08, 16.1.2018, *Céferin/Slowenien*.

⁴⁴ BGer, 2C_243/2020, 25.6.2020, E. 3 f.

⁴⁵ Siehe die Nachweise in FN 47. Es ist wünschenswert, dass diejenigen Kantone, die gestützt auf Art. 127 Abs. 5 StPO das Anwaltsmonopol für die Verteidigung im Übertretungsstrafverfahren aufheben (z.B. ZH), für die nichtanwaltlichen Verteidiger eine Pflicht zur gewissenhaften Ausübung bzw. ein Verbot zur «positiv störenden» Beeinflussung der Wahrheitsfindung vorsehen oder die Berufsregeln des BGFA als stellvertretendes kantonales Recht anwenden, ansonsten die unbefriedigende Situation vorliegen könnte, dass Nichtanwälte «positiv störend» in die Wahrheitsfindung eingreifen dürfen und Anwälte dagegen nicht.

⁴⁶ ALBRECHT (FN 8), N 2.20 ff., spricht insoweit von einer «limitierten Wahrheitspflicht» für die Verteidigung (in Form des Verbots der Lüge).

⁴⁷ AK/ZH, 3.5.2007, in: ZR 2007, 250 ff.; AK/ZH, 1.3.2007, in: ZR 2007, 170 f.; ALEXANDER BRUNNER/MATHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, § 4 N 93; zust. FELLMANN (FN 39), N 265; in diesem Sinne auch KGer SG, AW.2017.74, 22.8.2018, E. 5b; AK/OW, 1.2.2017, in: OGVE 2016/2017, Nr. 57.

⁴⁸ Vgl. hierzu JENS TOBIAS GRUBER, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, Diss. Giessen 2007, Baden-Baden 2008, 25 ff.; MARC THOMMEN, Darf der Beschuldigte im Strafprozess lügen?, *sui generis* 2018, 313 ff., 321; vgl. auch ROXIN/SCHÜNEMANN (FN 8), § 19 N 61.

⁴⁹ In diesem Sinne auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (FN 11), § 40 N 27; SK StPO I-LIEBER (FN 8), Art. 128 N 14.

⁵⁰ BSK StPO I-RUCKSTUHL (FN 6), Art. 128 N 9; vgl. zum deutschen Recht MARTIN BAUMANN, Eigene Ermittlungen des Verteidigers,

es jedoch, einige Regeln zu beachten, um die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs (Art. 12 lit. a BGFA) einzuhalten. Diese Regeln hat das BGer unlängst ausführlich erläutert:⁵¹

- Die Zeugenbefragung durch den Anwalt muss im Interesse des Klienten liegen und sachlich notwendig sein.⁵² Als sachlicher Grund ist namentlich auch das Einschätzen der Erfolgsaussichten von Prozesshandlungen wie etwa die Prozesseinleitung, das Einlegen bzw. der Rückzug eines Rechtsmittels oder das Stellen eines Beweisantrages anzusehen; entscheidend sind aber die Umstände des konkreten Einzelfalls.
- Der Anwalt soll den Zeugen schriftlich um ein Gespräch ersuchen und ihn darauf hinweisen, dass er nicht verpflichtet ist zu erscheinen oder auszusagen. Ebenfalls hat der Anwalt dem Zeugen mitzuteilen, im Interesse welches Mandanten das Gespräch stattfinden soll. Das Gespräch soll ohne den Mandanten und wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Anwalts stattfinden, wobei gegebenenfalls eine Drittperson als Gesprächszeugin (die zusätzlich ein Gesprächsprotokoll unterzeichnet) hinzugezogen werden soll.
- Die Befragung ist so auszugestalten, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Ermittlung des Sachverhalts durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet ist. Der Anwalt darf keinen Druck auf den Zeugen ausüben und ihn insbesondere nicht zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu irgendeiner Aussage drängen und ihm für den Fall des Schweigens nicht mit Nachteilen drohen. Verpönt ist auch das Stellen von Suggestivfragen.

Aus den in Art. 12 BGFA normierten Berufsregeln und aus den Standesregeln folgt schliesslich, dass die Verteidigungstätigkeit auch gewissen Mindeststandards in qualitativer Hinsicht genügen muss.⁵³ Unzureichend ist etwa, wenn der Verteidiger ohne Rücksprache mit der Klientin

verfahrensrelevante Verfügungen unbeantwortet lässt, die Klientschaft nicht über den Stand des Verfahrens orientiert und für sie weder telefonisch noch per E-Mail erreichbar ist – dies verstösst gegen die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12 lit. a BGFA).⁵⁴ Und ebenso geht es nicht an, zwei Mandanten gleichzeitig zu vertreten, die sich gegenseitig strafbare Handlungen vorwerfen; geschweige denn einen Beschuldigten und einen Privatkläger im gleichen Strafverfahren. Dies verunmöglicht eine bestmögliche Interessenwahrung der Interessen beider Klienten und stellt eine unzulässige Doppelvertretung dar, die aus berufsrechtlicher Sicht gegen das Verbot von Interessenkonflikten gemäss Art. 12 lit. c BGFA,⁵⁵ aus strafprozessrechtlicher Perspektive gegen Art. 127 Abs. 3 StPO und aus auftragsrechtlicher Sicht gegen die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR verstösst.

C. Auftragsrecht

Im Verteidigungsinnenverhältnis ergeben sich Schranken der zulässigen Verteidigungstätigkeit insbesondere aus dem Auftragsrecht. Das Auftragsrecht und das Berufsrecht gelten grundsätzlich unabhängig voneinander. So stellt nicht jede Verletzung einer Berufspflicht zugleich eine privatrechtliche Verletzung des Anwaltsvertrags dar – und umgekehrt.⁵⁶ Dessen ungeachtet gibt es viele Schnittstellen; so etwa, was die Verschwiegenheitspflicht betrifft (Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 13 BGFA, vgl. auch Art. 321 StGB)⁵⁷ oder was die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten anbelangt (Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 12 lit. c BGFA), die zugleich die Grenze gemeinschaftlicher Verteidigung bildet.

Eine weitere Nahtstelle zwischen Berufs- und Auftragsrecht bildet die Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR, Art. 12 lit. a BGFA), durch welche insbesondere die Qualität der Verteidigung gewährleistet wird. Nachdem auf die berufsrechtliche Sorgfaltspflicht bereits vorstehend eingegangen worden ist (vgl. oben III.B.), soll nun die (weitergehende)⁵⁸ auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht im Hinblick auf die Verteidigung näher erörtert werden.

Diss. Konstanz 1998, Baden-Baden 1999, 37 ff.; JAN BOCKEMÜHL, Private Ermittlungen im Strafprozess, Diss. Regensburg 1995/96, Baden-Baden 1996, 32 ff., 49 ff.

⁵¹ BGE 136 II 551; BGer, 2C_536/2018, 25.2.2019.

⁵² Gegen das Erfordernis der sachlichen Notwendigkeit ADRIAN BERLINGER, Privater Zeugenkontakt des Strafverteidigers, FP 2012, 82 ff., 86.

⁵³ Solche Mindestanforderungen ergeben sich ferner aus dem grundrechtlichen Anspruch des Beschuldigten auf wirksame Verteidigung; der Verteidiger muss dessen Rechte effektiv wahrnehmen, vgl. EGMR, 6694/74, 13.5.1980, § 33 ff.; zu den Auswirkungen mangelhafter Verteidigung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK vgl. FRANK MEYER, in: Ulrich Karpenstein/Franz Mayer (Hrsg.), EMRK, Kommentar, 2. A., München 2015, Art. 6 N 196 f. m.H.

⁵⁴ Anwaltsaufsichtsbehörde BE, AA 2019 26, 28.8.2019, E. III.4.

⁵⁵ Anwaltsaufsichtsbehörde BE, AA 2018 34, 4.3.2019, E. IV.2.

⁵⁶ ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Der Anwaltsvertrag – Berührungspunkte zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht der Anwälte, in: Susan Emmenegger et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 109 ff., 120.

⁵⁷ Vgl. zur auftragsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht im Vergleich mit der berufsrechtlichen DAL MOLIN-KRÄNZLIN (FN 56), 128 ff.

⁵⁸ Vgl. Kommentar BGFA-FELLMANN (FN 41), Art. 12 N 15 f.; SCHILLER/NATER (FN 41), 45 ff.

Die Sorgfaltspflicht erstreckt sich auf alle Pflichten des Beauftragten, also beispielsweise auch auf die Nebenpflichten betreffend Information und Aufklärung (Art. 400 Abs. 1 OR).⁵⁹ Zur sorgfältigen Auftragsausführung gehört auch eine selbstkritische Einschätzung zur Vermeidung eines Übernahmeverschuldens;⁶⁰ der Beauftragte darf nur Mandate annehmen, die er aufgrund seines Wissensstandes auch behandeln kann. Fehlt ihm das erforderliche Wissen, die nötige Kapazität oder die zeitliche Verfügbarkeit, so darf er den Auftrag nicht annehmen, ausser er kann sich das erforderliche Wissen bzw. die Kapazität innert adäquater Frist aneignen bzw. beschaffen oder einen Spezialisten beiziehen. Ansonsten liegt ein Übernahmeverschulden vor. Der Beauftragte kann sich insofern nicht etwa auf Ausbildungsmängel oder fehlende Erfahrung berufen.⁶¹

Höhere Anforderungen an die Sorgfalt sind gemäss BGer an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt; hier sind gegebenenfalls die allgemein anerkannten und praktizierten Regeln des Berufsstandes herbeizuziehen.⁶² Von einem Anwalt ist insofern zu erwarten, dass er die relevanten Gesetze, die höchstrichterliche Rechtsprechung und die einschlägige Doktrin in ihren Grundzügen kennt.⁶³ Neben der sorgfältigen Abklärung des Sachverhalts hat der Anwalt auch die Rechtslage zu überprüfen.⁶⁴ Auf dieser Basis hat er dem Auftraggeber die verschiedenen Handlungsoptionen sowie die jeweils damit einhergehenden Chancen und Risiken aufzuzeigen. Dabei haftet er für unsorgfältige Beratung, beispielsweise wenn er trotz offensichtlich guten Erfolgchancen von der Einlegung eines Rechtsmittels abrät.⁶⁵

Schliesslich gilt es, die Weisungsgebundenheit (Art. 397 Abs. 1 OR) und ihre Tragweite zu beachten. Auf die Abmahnungspflicht des Beauftragten bei sachwidrigen Weisungen ist bereits hingewiesen worden (vgl.

oben II.B.). Wie verhält es sich aber mit rechtswidrigen, unmöglichen oder unsittlichen Weisungen (also beispielsweise, wenn der Klient vom Verteidiger ein standeswidriges Benehmen fordert)? Diese sind infolge analoger Anwendung der Art. 19 f. OR ungültig, berühren jedoch den Fortbestand des Auftragsverhältnisses nicht. Trotzdem entfalten sie insofern Wirkung, als der Beauftragte aufgrund der Treuepflicht die Weisungen ablehnen und neue Instruktionen verlangen muss.⁶⁶ Problematisch sind Konstellationen, in welchen es dem Anwalt nicht möglich ist, sich von einem derartigen Mandatsverhältnis zu lösen; insbesondere weil eine Mandatsniederlegung zur Unzeit erfolgen würde (Art. 404 Abs. 2 OR) – z.B. während eine 10-tägige Beschwerdefrist läuft. Bei klar sitten- und/oder rechtswidrigen Weisungen wird sich der Anwalt, ohne Nachteile befürchten zu müssen, über diese hinwegsetzen können. Schwierig zu beurteilen sind freilich die in der Praxis viel häufigeren Fälle, in denen es eben äusserst unklar und für den Anwalt auch – insbesondere ohne Verletzung des Anwaltsgeheimnisses – gar nicht überprüfbar ist, ob eine Weisung nun wirklich sitten- und/oder rechtswidrig ist. Hier wird der Anwalt nach einlässlicher Aufklärung und möglicher «Abmahnung» im Zweifelsfall dazu verpflichtet sein, die Weisung nach bestem Wissen und Gewissen umzusetzen.

D. Grundsatz von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot

Dass das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und das Rechtsmissbrauchsverbot auch für den Beschuldigten bzw. die Verteidigung gelten, ist grundsätzlich anerkannt.⁶⁷ Es ist allerdings nicht unumstritten, aus welcher

⁵⁹ Vgl. BGer, 4A_64/2012, 6.12.2012; HUGUENIN (FN 17), N 3263.

⁶⁰ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 398 N 25, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser). Das BGer hat in BGE 124 III 155 E. 3b die Frage, ob ein Übernahmeverschulden zugleich objektiv eine Sorgfaltspflichten- und Vertragsverletzung begründet, expressis verbis offengelassen.

⁶¹ Vgl. BGE 124 III 154 E. 3b; BGer, 4C.126/2004, 15.9.2004, E. 2.2; BSK OR I-OSER/WEBER (FN 60), Art. 398 N 28.

⁶² Vgl. BGer, 4A_364/2013, 5.3.2014, E. 6.1; 4A_140/2011, 27.6.2011, E. 2.1; 4A_223/2007, 30.8.2007, E. 6.1.

⁶³ BGE 134 III 534 E. 3.2.3.3; 127 III 357 E. 1 und 3d; DAL MOLIN-KRÄNZLIN (FN 56), 122; FELLMANN (FN 39), N 1328 ff., 1496 ff.

⁶⁴ BGer, 4C.80/2005, 11.8.2005, E. 2.2.1; HUGUENIN (FN 17), N 3267.

⁶⁵ BGer, 4A_53/2008, 19.5.2008, E. 2.

⁶⁶ HUGUENIN (FN 17), N 3274.

⁶⁷ Vgl. BGE 146 IV 30 E. 1.1.1 und 1.3; 145 IV 197 E. 1.1; 144 IV 189 E. 5.1; 144 IV 35 E. 2.2; 143 IV 397 E. 3.4.2; 143 IV 117 E. 3.2; 142 IV 299 E. 1.3.4; 142 IV 158 E. 3.4 und 3.5; 142 IV 10 E. 2.4.7 und 2.4.9; 140 IV 82 E. 2.7; 131 I 185 E. 3.2.4. m. Anm. WOLFGANG WOHLERS, AJP 2006, 621 ff.; 130 IV 72 E. 2.2; 127 I 54 E. 2d; 126 IV 48 E. 2b; BGer, 6B_397/2015, 26.11.2015, E. 1.3; 1B_321/2013, 30.10.2013, E. 2.1; 6B_390/2013, 6.2.2014, E. 2.3.2; 6B_238/2011, 13.9.2011, E. 6.1.4; 6B_214/2011, 13.9.2011, E. 4.1.3; Botschaft StPO (FN 37), 1128, 1275; EJPD, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, 33; Commentario CPP-BERNASCONI, Art. 3 N 11, in: Paolo Bernasconi et al. (Hrsg.), Codice svizzero di procedura penale (CPP), Commentario, Zürich/St. Gallen 2010; ANDREAS DONATSCH/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/WOLFGANG WOHLERS, Strafprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 31 f.; HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN (FN 11), § 40 N 5; CR CPP-HOTTELIER, Art. 3 N 19 ff., in: Yvan Jeanne-rot/André Kuhn/Camille Perrier-Depeursinge (Hrsg.), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2. A., Basel 2019

Rechtsgrundlage sich dies ergibt. So sind etwa jene Auffassungen, welche die Geltung des Prinzips von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots für den Beschuldigten und seinen Verteidiger aus Art. 2 Abs. 1 bzw. 2 ZGB und/oder Art. 3 Abs. 2 lit. a bzw. b StPO herleiten wollen, auf starke Kritik gestossen.⁶⁸ Diese Lehrkontroverse wird teilweise dadurch entschärft, dass Art. 5 Abs. 3 BV das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben für Private und damit auch für den Beschuldigten und seinen Rechtsbeistand statuiert.⁶⁹ Allerdings ist bei näherer Betrachtung festzustellen, dass damit nicht zugleich ein umfassendes Rechtsmissbrauchsverbot für die privaten Verfahrensbeteiligten begründet wird.⁷⁰ Von Art. 5 Abs. 3 BV bzw. vom Grundsatz von Treu und Glauben wird nämlich nur eine der Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs, jene des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*), erfasst, nicht aber die anderen Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs wie namentlich die zweckwidrige Verwendung eines Rechts.⁷¹ Um auch diese nicht unter Art. 5 Abs. 3 BV fallenden Fallgruppen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu erfassen, erscheint mithin – soweit keine besondere Regelung wie in Art. 108

Abs. 1 lit. a oder Art. 235 Abs. 4 StPO besteht – ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 ZGB oder auf ein allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot erforderlich, der jedoch nicht unproblematisch erscheint.⁷²

In Bezug auf das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben ist zu beachten, dass im Strafverfahren den Beschuldigten grundsätzlich keine Mitwirkungspflichten treffen und der Grundsatz gilt, dass dieser sich nicht selbst belasten muss (Art. 113 Abs. 1 StPO, Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II). Mitwirkungslasten oder Wahrheitspflichten, wie sie etwa im Zivilprozess gelten, dürfen somit im Strafprozess nicht unter Berufung auf Treu und Glauben durch die Hintertür wieder eingeführt werden.⁷³

Mitunter wird die Auffassung vertreten, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben müsse sich für den Beschuldigten und die Verteidigung im Rechtsmissbrauchsverbot erschöpfen.⁷⁴ Dem kann jedoch – zumindest in dieser absoluten Form – nicht gefolgt werden. Denn es gibt im Strafprozessrecht praktisch wichtige Anwendungsfälle des Prinzips des Handelns nach Treu und Glauben durch die privaten Verfahrensbeteiligten, die nicht ohne Weiteres verzichtbar sind.⁷⁵ So ergibt sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben, dass die Verfahrensparteien dafür sorgen müssen, dass ihnen behördliche Akten zugestellt werden können, welche das Verfahren betreffen. Von einer verfahrensbeteiligten Person wird namentlich verlangt, dass sie für die Nachsendung ihrer an die bisherige Adresse gelangenden Korrespondenz besorgt ist und sie der Be-

(zit. CR CPP-Verfasser); YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis de procédure pénale, 2. A., Bern 2018, N 4004; LAURENT MOREILLON/AUDE PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, Petit commentaire, Art. 3 N 11; OBERHOLZER (FN 10), N 761; CAMILLE PERRIER-DEPEURSINGE, CPP annoté, 2. A., Basel 2020, 9; GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3. A., Zürich 2011, N 431; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 3 N 4; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2017, § 6 N 93 f.; HANS VEST, Aspekte des strafprozessualen Rechtsmissbrauchs, ZBJV 2016, 387 ff., 395; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 12 ff.; krit. vor allem BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 62 ff.

⁶⁸ BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 62 ff.; VEST (FN 67), 391 ff.; a.M. bezüglich Art. 2 ZGB (dessen Anwendbarkeit auf den Strafprozess explizit bejahend) z.B. OBERHOLZER (FN 10), N 761; vgl. bezüglich Art. 3 StPO auch PIQUEREZ/MACALUSO (FN 67), N 431.

⁶⁹ GL.M. WOHLERS (FN 67), AJP 2006, 621 ff.; vgl. auch THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2005, 129 f.; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 53 ff., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014; a.M. BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 64; VEST (FN 67), 393.

⁷⁰ So auch BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 78. Das BGer geht hingegen davon aus, dass sich das Rechtsmissbrauchsverbot aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt, ohne dies jedoch näher zu begründen, vgl. BGer, 6B_238/2011, 13.9.2011, E. 6.1.4; 6B_214/2011, 13.9.2011, E. 4.1.3; vgl. ferner die Nachweise bei STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, § 3 N 11 ff.

⁷¹ Ausführlich GÄCHTER (FN 69), 51 ff., 183 ff.

⁷² Vgl. GÄCHTER (FN 69), 113 ff.; BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 63; in diesem Sinne bereits KARL HARTMANN, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, SJZ 1949, 229 ff., 231: «Es kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe Art. 2 des Zivilgesetzbuches auch für das öffentliche Recht verbindlich erklären wollen.» Vgl. zur deutschen Diskussion über ein allgemeines, aber ungeschriebenes Verbot der missbräuchlichen Handhabung gewährter prozessualer Rechte: BGHSt 51, 88; 38, 111; THOMAS FISCHER, Rechtsmissbrauch und Überforderung der Strafsjustiz, NSStZ 1997, 212 ff., 216; FISCHER (FN 4), 430 f.; HEINRICH (FN 2), Kap. 3 N 5 ff.; MARTIN NIEMÖLLER, Rechtsmissbrauch im Strafprozeß, StV 1996, 501 ff.; PETERMANN (FN 4), 48 ff.; WEBER (FN 3), 289 ff.; vgl. auch BGHSt 17, 28; RG 65, 304; 45, 138; 1, 241.

⁷³ BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 63; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 13.

⁷⁴ BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 66, 78 ff.; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 12.

⁷⁵ Vgl. auch die Zustellfiktion gemäss Art. 85 Abs. 4 lit. a und b StPO (dazu BGer, 6B_674/2019, 19.9.2019, E. 1.4.2 f.; 6B_110/2016, 27.7.2016, E. 1.2) und die Rückzugsfiktion nach Art. 355 Abs. 2 StPO (dazu BGer, 6B_390/2013, 6.2.2014, E. 2.3.2). Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass die kumulierte Anwendung der Zustellungs- und der Rückzugsfiktion unzulässig ist (Verbot der doppelten Fiktion) – vorbehaltlich Fällen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (BGE 146 IV 30 E. 1.1 und 1.3).

hörde gegebenenfalls längere Ortsabwesenheiten mitteilt oder eine Stellvertretung ernennt.⁷⁶ Tut sie dies nicht, handelt sie treuwidrig, aber nicht rechtsmissbräuchlich. Dass aber kein Rechtsmissbrauch vorliegt, ist nicht Grund genug, dieses treuwidrige Verhalten für zulässig zu erklären.

Einigkeit dürfte darüber herrschen, dass der «Missbrauch» prozessualer Rechte nur zurückhaltend anzunehmen ist, um legitime Verteidigungstaktiken nicht zu untergraben.⁷⁷ Dies wirft freilich die Frage auf, was unter legitimer Verteidigungstaktik zu verstehen ist bzw. was alles darunter fällt. Auch ist unklar, wer diese Frage zu beantworten hat – jedenfalls nicht der fallführende Staatsanwalt, welcher sich in die Verteidigung nicht einmischen darf (jedenfalls solange keine offensichtlich ungenügende Verteidigung vorliegt). So ist umstritten, ob die Verzögerung des Verfahrens im Hinblick auf die bevorstehende Verjährung legitim oder rechtsmissbräuchlich ist.⁷⁸ Ebenfalls ist unklar, ob ein Missbrauch in einer exzessiven Ausübung von Verteidigungsrechten liegen kann, wie etwa beim Stellen von Beweis- und/oder Befangenheitsanträgen.⁷⁹ Hingegen dürfte unzweifelhaft Rechtsmissbrauch anzunehmen sein, wenn die Verteidigung ihr Kontaktrecht mit dem Beschuldigten dazu

benutzt, Kassiber in die Haftanstalt hinein- oder aus ihr herauszuschmuggeln.⁸⁰ Gleiches gilt für Fälle, in denen die Verteidigung das Beweisantrags- und Fragerecht zur reinen Blossstellung oder Beleidigung einer Person oder zu sonstigen verfahrensfremden Zwecken wahrnimmt, etwa zur Ausforschung von Geschäftsgeheimnissen oder zur politischen Agitation nutzt.⁸¹

Bei alledem ist zu beachten, dass von Rechtsmissbrauch nur dann die Rede sein kann, wenn ein prozessuales Recht *ausschliesslich* zu verfahrensfremden Zwecken verwendet wird, nicht aber dann, wenn der verfahrensfremde Zweck lediglich ein Nebeneffekt ist (sei dieser auch in Kauf genommen oder zusätzlich verfolgt worden).⁸² Sofern also ein Verhalten gleichzeitig anderen, prozessual nicht zu beanstandenden Zwecken dient oder dienen kann, darf kein Rechtsmissbrauch angenommen werden. Zudem muss in subjektiver Hinsicht der Nachweis geführt werden können, dass der Betroffene wider besseres Wissen oder doch zumindest wider die nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht gehandelt hat.⁸³

Schliesslich hängt mit Rechtsmissbrauch und Treu und Glauben die *Verwirkung* prozessualer Rechte zusammen.⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des BGer müssen Verfahrensrügen sofort erhoben werden, ansonsten sie als verwirkt gelten bzw. es gegen Treu und Glauben oder das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst, sich auf sie zu berufen.⁸⁵ Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass die Pflicht zur Gewährleistung eines justizförmigen Verfahrens den Strafbehörden obliegt und nicht der Verteidigung aufgebürdet werden darf.⁸⁶ Es kann zweifelsohne nicht Aufgabe der Verteidigung sein, etwa durch eigene Beweisanträge die Fehler der Staatsanwaltschaft zu heilen und damit

⁷⁶ Vgl. BGE 139 IV 228 E. 1.1; BGer, 6B_674/2019, 19.9.2019, E. 1.4.2 f.

⁷⁷ Vgl. BGE 145 IV 197 E. 1.1; 128 II 145 E. 2.2; 104 IV 90 E. 3b; 95 II 509 E. 4; BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 83; WOHLERS (FN 67), AJP 2006, 626.

⁷⁸ Rechtsmissbrauch bejahend, wenn die Blockade bzw. Verzögerung des Verfahrens der einzige Zweck einer Verteidigungshandlung ist, WOHLERS (FN 67), AJP 2006, 626 f. m.H.; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 16; ebenso HAUSER/SCHWERT/HARTMANN (FN 11), § 55 N 9, § 57 N 10; a.A. ALBRECHT (FN 8), N 2.46 m.H.: «[Es ist] erlaubt, im Hinblick auf die bevorstehende Verjährung die prozessualen Mittel zur Verzögerung voll auszuschöpfen, beispielsweise durch Verschiebungsgesuche, durch zusätzliche Beweisanträge oder durch Rechtsmittel»; ebenso SK StPO I-LIEBER (FN 8), Art. 128 N 23 m.w.H.

⁷⁹ Vgl. hierzu BGE 111 Ia 149 E. 4; 105 Ib 301 E. 1b; KassGer ZH, 1.12.1992, ZR 1992/93, Nr. 54; HAUSER/SCHWERT/HARTMANN (FN 11), § 31 N 6, § 98 N 6 f.; BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 83; HANS VEST, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 781 ff., 799; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 16; vgl. zum deutschen Recht GERHARD FEZER, Zum «Missbrauch» des Beweisantragsrechts im Extremfall, in: Bernd Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2004, 475 ff.; KARL HEINZ GÖSSEL, Über die Ablehnung prozessverschleppender Beweisanträge, ZIS 2007, 557 ff.; GERHARD HERDEGEN, Das Beweisantragsrecht im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: Deutsche Strafverteidiger e.V. (Hrsg.), Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision, Baden-Baden 1995, 47 ff., 57 ff.; JAHN (FN 4), 40 ff.

⁸⁰ BGer, 2C_73/2008, 8.4.2009, E. 4.6.

⁸¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (FN 67), 32.

⁸² WOHLERS (FN 67), AJP 2006, 626 m.H.; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 15; SK dStPO-WOHLERS (FN 7), Vor § 137 N 60; vgl. auch BGer, 4A_277/2020, 18.11.2020, E. 5.3.

⁸³ WOHLERS (FN 67), AJP 2006, 626 m.H.

⁸⁴ Vgl. hierzu aus deutscher Perspektive GERHARD HERDEGEN, Strafprozessuale Novitäten – zur Rüge der Nichtausschöpfung eines Beweismittels, zu § 344 Abs. 2 S. 2 StPO und zu BGHSt 39, 335 = NJW 1994, 596 («Hörfalle»), in: Deutsche Strafverteidiger e.V. (Hrsg.), Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision, Baden-Baden 1995, 198 ff.

⁸⁵ Vgl. BGE 122 IV 285 E. 1f; 118 Ia 209 E. 2d; 114 Ia 348 E. d und e; 111 Ia 161 E. 1a; vgl. die Fallbeispiele bei BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 90 ff.; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 17.

⁸⁶ So auch FELIX BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196 ff.; OBERHOLZER (FN 10), N 516; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 17; ähnlich BSK StPO I-THOMMEN (FN 6), Art. 3 N 89.

die Verurteilung des eigenen Klienten zu bewirken.⁸⁷ Unproblematisch ist hingegen, wenn es um verzichtbare Rechte geht und der Beschuldigte einen eindeutigen und wirksamen Verzicht erklärt hat; das blosses Nicht-geltend-Machen eines Rechts allein begründet freilich noch keinen Verzicht.⁸⁸

IV. Analyse typischer Fallbeispiele aus der Praxis

Mit Blick auf vorstehende Ausführungen sollen nachfolgend drei *fiktive* Fallbeispiele vorgestellt werden, welche sich aber in praxi so oder ähnlich durchaus abspielen. An die Vorstellung der Beispiele schliesst eine vorläufige Einordnung und Diskussion an.

A. Ausgewählte Fallbeispiele

- (1) Ein konsequent seine Unschuld betuernder Klient wird erstinstanzlich wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Er verlangt von seinem Anwalt, auch im Berufungsverfahren «voll auf Freispruch» zu verteidigen. Der Anwalt sieht zwar durchaus Chancen auf einen Freispruch, erachtet aber insbesondere die Mordqualifikation der fraglichen Tötung und (entsprechend) die lebenslange Freiheitsstrafe als angreifbar. Der Klient verbietet dem Anwalt ausdrücklich und mehrfach, zur rechtlichen Qualifikation des Tötungsdelikts und zur Strafzumessung zu plädieren.
- (2) Ein konsequent seine Unschuld betuernder Klient weist seinen Anwalt dazu an, einen Antrag auf Einstellung des Strafverfahrens zu stellen und zu begründen, sowie – eventualiter – die Aufhebung einer Vermögensbeschlagnahme zu beantragen. Die Beweislage ist für den Klienten ausserordentlich ungünstig. Die Staatsanwaltschaft lehnt beide Anträge unter prima vista nachvollziehbarer Darlegung einer sich verschärfenden Verdachtslage ab. Der Klient verlangt von seinem Anwalt, die Ablehnung der Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme mit Beschwerde anzufechten.

- (3) Ein Geschäftsmann ist von den Schweizer Strafverfolgungsbehörden zur Verhaftung ausgeschrieben. Er hält sich auf einer Mittelmeer-Insel versteckt. Der Vorwurf lautet auf Veruntreuung und Geldwäscherei; vom Sachverhalt her geht es um Geschäfte in Afrika; konkret um den Vorwurf der zweckwidrigen Verwendung eines Millionenbetrages durch den Geschäftsmann zum Nachteil der staatlichen Unternehmung X. Der Anwalt des Geschäftsmannes erklärt diesem, dass ein Bestätigungsschreiben der Unternehmung X, wonach die Verwendung des verfahrensgegenständlichen Geldbetrages durch den Geschäftsmann in deren Interesse erfolgt sei, hilfreich sein könnte. Ein paar Tage später erhält der Anwalt Post aus Afrika mit einem Schreiben der Unternehmung X, wonach der Geschäftsmann den fraglichen Betrag vollumfänglich korrekt verwendet habe. Der Anwalt erhält von seinem Klienten die Weisung, das Dokument bei der Staatsanwaltschaft einzureichen und die Einstellung des Strafverfahrens zu beantragen. Das Schreiben weist keine offensichtlichen Fälschungsmerkmale auf, erscheint aber «handgestrickt».

B. Diskussion

Zu (1): Die Weisung des Klienten ist u.E. weder rechts- noch sittenwidrig. Rein auftragsrechtlich muss der Anwalt diese Weisung also beachten. Möglicherweise im Widerspruch dazu ist er aber ebenfalls aus Auftrag und auch standesrechtlich sowie nach BGFA zur sorgfältigen Berufsausübung verpflichtet. Hierzu könnten auch Eventualanträge und Eventualausführungen zur rechtlichen Qualifikation des Tötungsdelikts und zum Strafpunkt gehören. Demgegenüber schwächen bzw. torpedieren Eventualanträge und Eventualausführungen des Verteidigers zum Strafpunkt die Unschuldsbeteuerungen des Klienten (sog. Verteidigerdilemma).⁸⁹ Entscheidet sich der Anwalt in concreto dazu, nach einlässlicher Aufklärung des Klienten über die Chancen und Risiken, die Weisungen des Klienten zu befolgen und weder zur rechtlichen Qualifi-

⁸⁷ In diesem Sinne auch BGE 129 I 85 E. 4.4; OBERHOLZER (FN 10), N 516; SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 13. Vgl. allerdings die extensive Heilungspraxis des BGer betreffend Heilung von Verfahrensmängeln zulasten des Betroffenen im Rechtsmittelverfahren, vgl. hierzu STEPHANIE ZEHNDER, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Diss. Luzern 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 1 ff.

⁸⁸ SK StPO I-WOHLERS (FN 8), Art. 3 N 18 m.N.

⁸⁹ Vgl. zu dieser Problematik BGer, 23.1.2019, E. 3.4, in: FP 2019, 346 ff. m. Anm. WOLFGANG WOHLERS; VIKTOR LIEBER, Unge-nügende Verteidigung und die Folgen – Streiflichter zur neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, FP 2013, 51 ff., 53 f.; LIVIA MEISTER, «Für den Fall, dass Sie mein Antrag auf Freispruch nicht überzeugt, erlaube ich mir ...», ZStrR 2018, 391 ff.; vgl. ferner SK StPO I-LIEBER (FN 8), Art. 128 N 16 m.w.H., für den das Gericht die Verteidigung – idealerweise im Rahmen von Art. 342 StPO (Schuldinterlokut), d.h. nach erfolgtem Schuldspruch – anzuhalten hat, auch zu den Folgen des Schuldspruchs zu plädieren, d.h. zur Strafzumessung Stellung zu nehmen.

kation und zum Strafpunkt zu plädieren, verhält er sich u.E. aber korrekt.

Zu (2): Die Einreichung einer Beschwerde, welche nur minimalste oder keine realen Chancen auf Erfolg hat, kann i.d.R. nicht im Interesse des Klienten liegen, zumal durch einen negativen Beschwerdeentscheid der Tatverdacht weiter und sogar gerichtlich «zementiert» wird. Während der Antrag auf Einstellung und Aufhebung einer Vermögensbeschlagnahme trotz schlechter Erfolgschancen aus Verteidigersicht noch vertretbar sein kann – insbesondere, um die Staatsanwaltschaft dazu zu zwingen, in Sachen Verdachtslage «die Karten auf den Tisch zu legen» –, kann dies für eine Beschwerdeerhebung kaum mehr gesagt werden. Die Weisung des Klienten, trotzdem Beschwerde zu erheben, erscheint aber wiederum noch nicht als sitten- oder rechtswidrig, da auch kaum erfolgsversprechende Rechtsmittel nicht einfach per se «rechtsmissbräuchlich» sind. Die entsprechende Weisung ist daher – wiederum nach vollständiger Aufklärung des Klienten (auch über die Kostenfolgen) und möglicherweise nach förmlicher «Abmahnung» – zu befolgen. Eine Mandatsniederlegung während der 10-tägigen Beschwerdefrist erscheint ausgeschlossen.

Zu (3): Es stellt sich die Frage nach der Echtheit des fraglichen Schreibens. Der Anwalt ist – abgesehen von klaren und offensichtlichen Fällen – nicht in der Lage und u.E. auch nicht verpflichtet, diese Frage zu beantworten. Er kann das Dokument auch nicht zurückhalten, da es für den Klienten massiv entlastend ist. Reicht der Anwalt das Dokument ein und erweist sich dieses später als Fälschung, so kann der Anwalt u.E. *nicht* nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zur Verantwortung gezogen werden (ausser es würde sich um eine offensichtliche Fälschung handeln). Das Recht des Strafverteidigers, entlastende Beweismittel selbst bei erheblichen Zweifeln an ihrer Richtigkeit in das Verfahren einzuführen und ihre Beurteilung dem Gericht zu überlassen (ohne auf ihre Zweifelhaftigkeit hinzuweisen und sie dadurch zu entwerten), muss auch im Zusammenhang mit möglicherweise unechten Urkunden gewahrt bleiben. Es ist von einer objektiven Rechtfertigung des Verteidigers aus seiner prozessualen Funktion heraus auszugehen, wenn er das Schreiben nicht definitiv, sondern nur möglicherweise für unecht hält.⁹⁰ Die Weisung des Klienten, das ihn massiv entlastende

Dokument – welches keine offensichtliche Fälschung darstellt – sofort einzureichen, erweist sich nicht als sitten- oder rechtswidrig, weshalb diese grundsätzlich bzw. unter auftragsrechtlichen Gesichtspunkten zu befolgen ist. Will der Anwalt freilich jegliches Risiko ausschliessen, eine gefälschte Urkunde zu verwenden (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 3 StGB), wird ihm nichts anderes übrig bleiben, als das Mandat niederzulegen. Eine Unzeit wäre in der gegebenen Konstellation wohl nicht gegeben.

V. Fazit

Der vorliegende Beitrag nahm seinen Anfang mit dem Hinweis auf Art. 128 StPO, wonach die Verteidigung «in den Schranken von Gesetz und Standesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet» ist. Die damit angesprochenen Schranken sind freilich keineswegs immer so klar, wie man auf den ersten Blick meinen könnte. Sie sind vielmehr oftmals flüssig und umstritten.⁹¹ Wir hoffen, die vorstehenden Zeilen mögen einen (bescheidenen) Beitrag zur Konkretisierung der Grenzen zulässiger Strafverteidigung bilden.

⁹⁰ In diesem Sinne auch, für das deutsche Recht, VOLKER ERB, § 267 N 212, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. V, 2. A., München 2014; INGBORG PUPPE/KAY SCHUMANN, § 267 N 107, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. A., Baden-Baden 2017.

⁹¹ Im Ergebnis ebenso JAHN (FN 6), 1 ff.